dispositif local d'accompagnement

La mise à disposition de personnel entre les associations

Problématiques juridiques posées et réponses possibles à y apporter

La mutualisation d'emplois est une réponse possible à la fragilité financière des associations. Ce type de coopération s'est développé en Limousin, notamment sous l'impulsion du dispositif régional de soutien aux emplois associatifs qui encourage financièrement cette forme d'emploi partagé.

Plusieurs solutions de portage de l'emploi mutualisé peuvent être envisagées, comme par exemple le Groupement d'employeurs (voir encart) ou la mise à disposition par voie de convention ; toutefois, les associations s'orientent davantage vers ce deuxième mode de mutualisation : une association porte l'emploi et le met à disposition d'une ou plusieurs autres associations. S'il s'agit sans doute de la solution la plus souple et la plus simple a priori à mettre en œuvre, elle n'est pas sans poser de nombreuses questions d'un point de vue juridique.

Cette note s'adresse donc aux associations qui ont ou qui souhaitent pratiquer la mutualisation de postes par voie de mise à disposition. Elle ne propose pas de modèle de convention, car chaque accord entre les parties a ses conditions particulières. Elle présente les principaux points de vigilance à porter lors de l'établissement d'une convention et pendant la durée de sa mise en oeuvre.

Synthèse réalisée pour le compte du DLA Creuse par E2S Conseil, à l'issue d'une mission d'accompagnement collectif de 13 associations à la sécurisation juridique des pratiques de mise à disposition de personnel.

JUIN 2009

Contact DLA Creuse
tél : 05 55 61 09 17 / 06 75 93 70 77
mel : bousso.dla23@free.fr
web : www.dla.bij23.fr
poste : DLA/BIJ - 6 avenue Fayolle
23000 Guéret

Le DLA, un dispositif porté en Creuse par le BIJD et soutenu par :

1. Le cadre juridique de la mise à disposition de personnel

Le Code du Travail pose un principe d'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif (art. L 8241-1 et L 8241-2 Code du trav.). Par ailleurs, si l'opération a pour effet de causer un préjudice au salarié mis à disposition ou de contourner des dispositions légales ou conventionnelles, elle peut être qualifiée de « délit de marchandage », répréhensible par les juridictions pénales (art. L 8231-1 Code du trav.)

Par dérogation à ce principe d'interdiction, certaines structures sont autorisées expressément à réaliser des opérations de prêt de main d'œuvre à but lucratif : Groupements d'employeurs (voir encart), associations intermédiaires, entreprises de travail temporaire. En contrepartie de cette dérogation, ces structures doivent faire l'objet d'une habilitation préalable ou d'une déclaration particulière auprès de l'Inspection du travail. Une étude menée en 2006 pour le C2RA Limousin a montré que la formule du « Groupement d'employeurs » est encore très peu utilisée en Limousin et que les associations privilégient la mutualisation d'emplois par voie de convention de mise à disposition. Dans les faits, l'état d'esprit de cette forme de mutualisation entre associations est de nature non lucrative ; il ne s'agit pas pour les associations de « faire commerce » de la main d'œuvre salariée, mais de supporter à plusieurs la charge financière de l'emploi ainsi créé et partagé.

Pour autant, le Code du travail reste muet sur la légalité ou non d'une opération de prêt de main d'œuvre à but non lucratif. A ce jour, seule une Jurisprudence de la Cour de Cassation (arrêt « Croix Rouge », Cass. Soc., 1er avril 2003) semble donner une base juridique à ces opérations. On peut considérer, en effet, qu'est présumée licite une opération de mise à disposition si l'association employeur ne refacture que les seuls salaires et charges sociales à l'association utilisatrice au titre de la durée de la mise à disposition.

Si le Juge n'a pas tranché sur de nombreuses questions juridiques qui se posent encore aujourd'hui (la durée de la mise à disposition, la refacturation des frais de structure ou charges fixes…), cette Jurisprudence nous permet de mettre en exergue un certain nombre de points de vigilance à surveiller qui se traduiront concrètement dans le contenu de la convention de mise à disposition et qui permettront, autant que possible, en l'état actuel du droit sur cette question, d'écarter toute requalification de l'opération en prêt de main d'œuvre illicite.

Le Groupement d'Employeurs

Suite à différentes expérimentations dans le secteur agricole, la Loi du 25 Juillet 1985 a institué le Groupement d'employeurs qui a pour objet exclusif de mettre à disposition de ses membres des salariés liés au groupement par un contrat de travail. Un Groupement d'employeurs est une association Loi 1901 (ou, depuis 2005, une société coopérative) et ses conditions de création et de fonctionnement sont encadrées par le Code du travail. On citera ici l'originalité du dispositif juridique qui crée une solidarité financière entre les membres du groupement concernant les dettes sociales de ce dernier.
Le Limousin compte peu de Groupements d'employeurs. L'étude C2RA a montré que le principal frein n'était pas le mécanisme de solidarité financière spécifique à ce type de groupement, mais le fait qu'il s'agit là d'une nouvelle entité juridique qu'il faut créer et surtout administrer en plus des associations membres.

Facturer une prestation de services ?

De nombreuses associations facturent des prestations de service (prestation d'animation, études…) à des usagers privés ou publics. Aux côtés des autres sources de financement (subventions, cotisations, dons…), cela contribue à assurer la pérennité financière de l'association et donc de l'emploi.

Une prestation de services contient, de fait, de la main d'œuvre salariée. Toutefois, dans ce cas précis, le Juge considère qu'il n'y a pas ici de prêt de main d'œuvre à but lucratif, dans la mesure, entre autres, où le salarié « prêté » est encadré par la structure « prêteuse » qui fournit par ailleurs les moyens matériels nécessaires à l'exécution de la tâche.

Pour éviter a priori les écueils juridiques de la mise à disposition, certaines associations pourraient être tentées de se facturer entre elles de la prestation de services (exemple : une association refacture à une autre association une prestation de travaux administratifs alors qu'il s'agit dans les faits d'une mise à disposition d'une secrétaire) ; ceci peut se révéler être une « fausse bonne solution » pour les associations. En effet, dans ce cas, le risque de requalification en mise à disposition à but lucratif (et donc illicite) demeure important ; par ailleurs, il s'agit par nature d'une opération qui pourrait entrer dans le champ d'application des impôts commerciaux (TVA, taxe professionnelle, Impôt sur les Sociétés) ; enfin, et c'est sans nul doute le principal point d'achoppement, ce type d'opération n'est pas reconnu par les partenaires publics comme une forme de mutualisation d'emplois et ne bénéficie pas en conséquence des aides financières ad' hoc, et en particulier du dispositif régional de soutien aux emplois associatifs en Limousin.

2. Les points de vigilance à surveiller

La rédaction d'une convention

Encadrer une opération de mutualisation d'emplois par la rédaction d'une convention de mise à disposition s'avère indispensable. La convention établit l'état d'esprit de coopération entre les associations signataires et son contenu doit permettre d'écarter toute démarche lucrative. Au-delà de ces aspects juridiques, la conven-

tion ainsi établie fixe les règles et les modalités de cette coopération. Elle engage les associations et pose un mode d'emploi auquel on se référera tout au long de l'opération.

Dans la forme, la convention sera signée par les Président(e)s des associations qui s'engagent dans ce projet, et sera cadrée dans le temps (nota : il est possible par exemple de prévoir que la durée de la mise à disposition sera de 1 an, renouvelable par tacite reconduction sauf dénonciation dans un délai-préavis à fixer).

Un seul employeur

Une des prérogatives de l'employeur, son pouvoir disciplinaire (sanction, licenciement), ne peut jamais être transférée de fait et/ou par voie de convention (voir encart). Le responsable légal de l'association qui porte l'emploi reste, quoi qu'il soit stipulé dans la convention, le seul employeur. Mais alors comment concilier cet impératif et la réalité du bénévolat ? En effet, le (la) Président(e) de l'association employeur ne peut pas surveiller le travail de son salarié lorsqu'il est mis à disposition de l'autre association. Ceci pourrait se traduire dans la rédaction de la convention par l'insertion de clauses prévoyant, d'une part, que le salarié exercera ses missions dans le cadre des consignes et instructions qui lui seront données par l'association bénéficiaire, d'autre part, qu'en cas de difficulté, l'association bénéficiaire s'engage à en faire part sans délai à l'association employeur qui sera seule juge de la nécessité d'envisager des sanctions.

Les 3 critères juridiques qui définissent le salariat

La relation de travail se définit d'un point de vue juridique par 3 critères cumulatifs :
l'accord entre les parties (salarié et employeur) : ce dernier se concrétise la plupart du temps (obligatoirement pour un contrat à durée déterminée et/ou pour tout type de contrat en application d'une disposition de la convention collective applicable) par la signature d'un contrat de travail ;
la rémunération : c'est la contrepartie du travail effectué,
le lien de subordination : le salarié est placé sous la subordination de l'employeur ; le lien de subordination se traduit par un pouvoir de direction, d'instruction, de commandement et de sanction à l'égard du salarié.
Dans le cas d'une mise à disposition d'un salarié, le **pouvoir de sanction** ne peut jamais être transféré, par voie conventionnelle ou dans les faits, sous peine que l'association bénéficiaire soit requalifiée d'employeur.

La refacturation entre associations

Seul le coût net de l'emploi sera refacturé à l'association bénéficiaire : il s'agit du salaire net et des contributions sociales afférentes (salariales et patronales), déduction faite des aides à l'emploi dont peut bénéficier l'association employeur. Cette refacturation se fera sur la base d'un décompte horaire (cf. infra).

La demande de remboursement auprès de l'association bénéficiaire prend la forme d'une facture. Celle-ci sera établie « nette de taxes », avec la mention « TVA non applicable ». Un délai de paiement sera également mentionné.

Qu'en est-il des autres frais liés à l'emploi ?

- les frais professionnels (déplacements, hébergement, restauration), s'ils sont remboursés au salarié par l'employeur dans le cadre des missions qui lui sont confiées par l'association bénéficiaire, ces frais peuvent faire l'objet d'une refacturation à l'association bénéficiaire, sous réserve que le remboursement s'opère à l'euro près et sur justificatifs.

- Les frais de gestion de l'emploi : il s'agit ici par exemple des frais d'élaboration des fiches de paie et de déclarations sociales, notamment dans le cas où l'association employeur aurait externalisé ces fonctions à un prestataire extérieur.

Ces frais semblent pouvoir être refacturés pour partie à l'association bénéficiaire uniquement s'ils sont individualisables et chiffrés (i.e. pas d'estimation forfaitaire), et bien sûr, le remboursement s'opèrera à l'euro près et sur justificatifs.

- Les frais de structure : il semblerait cohérent d'un point de vue économique que des charges supportées par l'association employeur du fait de la mise à disposition (frais de locaux, temps passé par du personnel salarié sur des tâches administratives liées à la mutualisation d'emploi, etc…) soient refacturées à l'association bénéficiaire. Il convient d'être particulièrement prudent dans le cas présent, dans la mesure où le dispositif réglementaire actuel semble ne pas autoriser la refacturation de ce type de charges sous peine de requalification en prêt de main d'œuvre à but lucratif.

Parfois, certaines associations concluent une convention séparée de mutualisation de moyens. Il n'existe pas de texte de loi ni de jurisprudence sur lesquels cette pratique pourrait se fonder. En cas de litige, le risque existe d'une remise en cause du caractère non lucratif du prêt de main d'œuvre, au vu de cette seconde convention.

Quoiqu'il en soit, les associations qui refacturent ce type de charges devront impérativement les

justifier (sur pièces), les individualiser (toute estimation forfaitaire est ici à proscrire) et en demander le remboursement à l'euro près à l'association bénéficiaire.

Volume des heures de mise à disposition

Il s'agit de la pierre angulaire d'une opération de mise à disposition de personnel, dans la mesure où le volume des heures de mise à disposition conditionne la refacturation entre associations et permet ainsi d'assurer l'équilibre économique de l'opération. Il est rappelé ici que tout employeur doit décompter ou faire décompter (par exemple sur la base d'une auto déclaration du salarié) l'horaire de travail du salarié, quotidiennement et par semaine (art. D 3171-8 et s., Code du trav.).

Un système de décompte horaire doit donc être mis en place, pour le temps du travail du salarié effectué pour l'association employeur, mais également pour le temps passé dans le cadre de la mise à disposition à l'association bénéficiaire.

En pratique, dans la convention, il pourra être mentionné un volume horaire prévisionnel, mais celui-ci devra être régularisé périodiquement sur la base des décomptes horaires mis en place.

La gestion des conflits

Au-delà des aspects juridiques, la rédaction de la convention de mise à disposition pourra être l'occasion d'envisager la prévention et la gestion des éventuels conflits. Il s'agira ici de prévoir des espaces et des temps de communication et de médiation entre les associations et le salarié mis à disposition. A noter que certaines conventions prévoient la nomination d'un médiateur, tiers extérieur, qui interviendra pour rechercher une solution amiable en cas de litige.

La rupture de la convention

Là encore, prévoir les modalités de rupture de la coopération dès la signature de la convention est un gage de réussite du projet. Tous les cas de rupture devront être envisagés (volonté d'une partie, défaillance de l'association bénéficiaire, départ du salarié…). Pour chaque cas, il devra être précisé le délai de prévenance de l'autre partie signataire de la convention ainsi que les conséquences financières : par exemple, que se passe-t-il si l'une des deux associations ne peut plus assumer financièrement sa part de l'emploi ? Qui assumera les indemnités liées à une éventuelle rupture du contrat de travail, et pour quelle part ? En cas de départ du salarié (volontaire ou non), quel est l'impact sur la convention : est-elle suspendue, résiliée ? Dans ce cas, dans quel délai, l'employeur doit-il à nouveau recruter et mettre son salarié à disposition de l'autre association ? etc…

Professions réglementées et mutualisation d'emplois

Le partage d'un salarié entre plusieurs associations ne fait pas déroger aux principes des professions réglementées dont une des conditions d'exercice est la possession d'un titre ou d'un diplôme. Nous citerons ici, par exemple, la profession d'expert-comptable, profession réglementée par une Ordonnance de 1945. Le fait de tenir, ouvrir, arrêter, surveiller, redresser et centraliser une comptabilité est subordonné à la possession du diplôme d'expert-comptable et une inscription au tableau de l'ordre.

Or, certaines opérations de mutualisation d'emplois dans le secteur associatif concernent des postes de permanents qui ont en charge la comptabilité des associations bénéficiaires, alors que ces permanents ne disposent pas du diplôme requis. Toutefois, il semble que le Juge fasse la distinction entre des taches de comptabilité qui n'échappent pas au caractère réglementé de cette profession et de « simples travaux de saisie comptable » (Cass, chambre criminelle, 19 mai 2004).

Reversement d'une subvention publique: règle d'interdiction et cas particuliers

Un décret-loi du 2 mai 1938 interdit à une association de reverser tout ou partie d'une subvention publique qui lui a été octroyée. En application de ce principe, la mutualisation d'un emploi aidé sera considérée comme un reversement illégal à une autre association d'une subvention publique (le coût net de l'emploi déduction faite de l'éventuelle aide à l'emploi étant refacturé à l'association bénéficiaire).

Ainsi, un emploi aidé dans le cadre du Plan de cohésion sociale (CAE, CA…) ne peut pas être mutualisé avec une autre association par voie de convention de mise à disposition.

Toutefois, l'article L1611-4 du Code général des collectivités territoriales autorise le reversement d'une subvention si cela est expressément prévu dans la convention attributive, et c'est ce que l'on peut comprendre à travers le soutien renforcé accordé à la mutualisation de poste par le dispositif emplois associatifs du Conseil Régional du Limousin.

Pour aller plus loin…

Note sur les mises à disposition de personnel entre association, Cabinet DELSOL, 2007 (http://www.culture-proximite.org/, espace-ressources « mutualisation »).

Etude « **Retour d'expériences sur la mutualisation de postes salariés dans le secteur associatif en Limousin** », C2RA Limousin - E2S conseil, 2006. (http://www.culture-proximite.org/, espace-ressources « mutualisation »).

Mémento pratique LEFEBVRE ASSOCIATIONS (2008/2009), chapitre 3, collaborateurs mis à disposition.